

## VU Research Portal

**Case note: Hoge Raad (Seksuele intimidatie: een geobjectiveerd begrip? Annotatie bij HR 10 juli 2009, JAR 2009, 202 (Olsthoorn/Nederlandse Leprastichting en Braber))**

Zeilstra, J.P.

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

***citation for published version (APA)***

Zeilstra, J. P., (2011). *Case note: Hoge Raad (Seksuele intimidatie: een geobjectiveerd begrip? Annotatie bij HR 10 juli 2009, JAR 2009, 202 (Olsthoorn/Nederlandse Leprastichting en Braber))*, No. 1, Sep 10, 2010. (Arbeidsrechtelijke annotaties; Vol. 2011, No. 2).

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Seksuele intimidatie: een geobjectiveerd begrip?

HR 10 juli 2009, JAR 2009, 202 (Olsthoorn/Nederlandse Leprastichting en Braber)\*

*J.P. Zeilstra*

## 1 Inleiding

In 2002 hebben het Europees Parlement en de Raad Richtlijn 2002/73/EG<sup>1</sup> uitgevaardigd. In Richtlijn 2002/73/EG, zoals herschikt bij Richtlijn 2006/54/EG,<sup>2</sup> wordt seksuele intimidatie omschreven als een vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie, welk gedrag als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast.<sup>3</sup> In 2006 is de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ – ter uitvoering van Richtlijn 2002/73/EG – opgenomen in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving.<sup>4</sup> Bij de implementatie van dit begrip heeft de wetgever getracht zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij Richtlijn 2002/73/EG, met dien verstande dat het woord ‘ongewenst’ niet in de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ is overgenomen. Volgens de wetgever draagt het niet overnemen van het subjectieve woord ‘ongewenst’ bij aan ‘een betere rechtsbescherming van de geïntimideerden’.<sup>5</sup> Bij de vaststelling of sprake is van seksuele intimidatie roept de huidige definitie van het begrip nogal wat vragen op. Is bijvoorbeeld relevant of de geïntimideerde het gedrag als seksueel intimiderend heeft ervaren? En speelt de intentie van de intimideerder een rol bij de uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’? In de zaak van werknemer Olsthoorn tegen werkgever de Nederlandse Leprastichting

\* Het arrest is eerder besproken door H.M.T. Holtmaat in TRA 2009/79, p. 22-23, M.C. van de Laar & D.C.A. Pffenings in ArbeidsRecht 2010/24, p. 12-15, en L.P.M. Klijn in TRA 2010-6/7, p. 15-18.

1 Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen (PbEG L 269).

2 Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (PbEG L 204). Ten aanzien van het begrip ‘seksuele intimidatie’ zijn in Richtlijn 2006/54/EG geen wijzigingen aangebracht. Nu Richtlijn 2002/73/EG in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving is geïmplementeerd, zal ik deze annotatie gemakshalve nog naar Richtlijn 2002/73/EG worden verwezen.

3 Zie artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG.

4 Wet van 5 oktober 2006 tot wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het Burgerlijk Wetboek ter invoering van Richtlijn 2002/73/EG (Stb. 2006, 469).

5 Zie bijv. Kamerstukken II 2002/2003, 30 237, A, p. 15.

(hierna: de Stichting) en directeur Braber worden voornoemde vragen aan de Hoge Raad voorgelegd. Het antwoord van de Hoge Raad heeft in de eerste plaats gevolgen voor de uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’. Het arrest laat zien dat eerdergenoemd standpunt van de wetgever onterecht is. Een ‘puur objectieve’ uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’ biedt de geïntimideerde in bepaalde gevallen juist minder rechtsbescherming. Voorts is het arrest van belang voor het antwoord op de vraag naar het toepassingsbereik van de gelijkebehandelingswetgeving, meer in het bijzonder van artikel 7:646 lid 8 BW.

In deze annotatie zal ik het arrest van de Hoge Raad analyseren en de (onjuistheid van de) implementatie van Richtlijn 2002/73/EG in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving aan de orde stellen. Hierna worden eerst de feiten en het procesverloop geschetst (paragraaf 2). Vervolgens komt in paragraaf 3 de conclusie van A-G Rank-Berenschot aan de orde, waarna het oordeel van de Hoge Raad wordt besproken (paragraaf 4). In paragraaf 5 wordt het arrest in perspectief geplaatst. In dat kader wordt allereerst Richtlijn 2002/73/EG uiteengezet. Voorts behandel ik de implementatie van voornoemde richtlijn in het Nederlandse en het Belgische recht. Zoals gezegd, is het begrip ‘seksuele intimidatie’ uit Richtlijn 2002/73/EG in Nederland geïmplementeerd in de gelijkebehandelingswetgeving. In België is dit gebeurd in de arbeidsomstandighedenwetgeving, meer specifiek in artikel 32ter van de Welzijnswet.<sup>6</sup> De rechtsvergelijking is relevant, omdat het begrip ‘seksuele intimidatie’ in het Belgische recht op een andere – meer richtlijnconforme – manier is geïmplementeerd. In paragraaf 6 wordt commentaar geleverd op het arrest, waarna in paragraaf 7 antwoord wordt gegeven op de vraag in hoeverre de implementatie in Nederland conform Richtlijn 2002/73/EG is. Deze annotatie wordt afgesloten met een conclusie en een aanbeveling aan de wetgever.

## 2 Feiten en procesverloop

Olsthoorn werkt sinds 1 juli 1974 bij de Stichting als hoofd Voorlichting. Voorafgaand aan de (jaarlijkse) kerstborrel van de Stichting op 19 december 2002 vindt een incident plaats tussen Braber, directeur, en Olsthoorn. Bij het binnentreden van de – met kaarslicht verlichte – recreatiezaal geeft Braber Olsthoorn een tik op zijn bil, knijpt er even in en vraagt hem lachend iets in de trant van: ‘Zo Clemens [de werknemer; red.], wat doe jij in deze *darkroom*?’ (cursivering JZ). Vijf dagen na voornoemd incident laat Olsthoorn in een memo aan Braber weten dat hij niet gediend was van de – in zijn ogen – seksuele aanraking en gebruikt in dat verband de woorden ‘seksuele intimidatie’ en ‘aanranding’. Naar aanleiding van deze memo uit Braber jegens Olsthoorn zijn verbijstering over de manier waarop Olsthoorn het incident heeft ervaren en stelt met klem dat het om een grap ging, die – naar hij dacht – paste in de wijze waarop partijen zich in hun eerdere samenwerking jegens elkaar hebben gedragen. Vervolgens vertelt Olsthoorn Braber dat hij

6 Wet van 11 juni 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk (B.S. 22 juni 2002).

op twaalfjarige leeftijd seksueel is misbruikt en dat een kneep in de bil daarom op hem seksueel intimiderend overkomt. Braber biedt daarop onmiddellijk en herhaaldelijk zijn excuses aan. De Stichting en Olsthoorn trachten in januari 2003 tevergeefs het daarna gerezen conflict op te lossen, waarop het bestuur een klacht omtrent het incident van 19 december 2002 in behandeling neemt. Het bestuur spreekt zijn afkeuring uit over de handelwijze van Braber. Op 8 april 2003 meldt Olsthoorn zich ziek. De arbodienst stelt vast dat de ziekte van Olsthoorn verband houdt met situatieve arbeidsongeschiktheid. Op verzoek van de Stichting ontbindt de Kantonrechter Amsterdam bij beschikking van 26 mei 2004 de arbeidsovereenkomst tussen de Stichting en Olsthoorn met ingang van 1 juli 2004, zulks wegens het blijvend komen te ontbreken van de goede verstandhouding tussen partijen. Aan Olsthoorn is in deze beschikking een ontbindingsvergoeding toegekend van € 68.500 bruto.<sup>7</sup>

In een afzonderlijke procedure tegen de Stichting en Braber vordert Olsthoorn onder meer vergoeding van materiële schade, waaronder pensioenschade, en immateriële schade. De kantonrechter wijst de vorderingen van Olsthoorn af. Het hof ziet zich gesteld voor de vraag of Braber zich schuldig heeft gemaakt aan seksuele intimidatie jegens Olsthoorn. Daartoe zoekt het hof voor wat betreft de inhoud van het begrip ‘seksuele intimidatie’ aansluiting bij de omschrijving van het begrip in artikel 7:646 lid 8 BW<sup>8</sup> en beantwoordt voornoemde vraag – evenals de kantonrechter – ontkennend. Het hof overweegt allereerst dat zeker is dat Braber bij zijn handelen geen enkele seksuele bijbedoeling heeft gehad. Daarnaast overweegt het hof dat de handeling van Braber min of meer aansloot bij de wijze waarop partijen, wat betreft de grappen die zijn onderling maakten, zich voorafgaand aan de kerstborrel gedroegen. Ook behoort Olsthoorn volgens het hof niet tot de groepen die een groter risico lopen met seksuele intimidatie in aanraking te komen.<sup>9</sup> Het hof vervolgt:

‘3.6 (...) weliswaar de handeling van B., al dan niet in combinatie met de door hem gebezigde woorden (vooral: de verwijzing naar de “darkroom”) moet worden aangemerkt als gedrag met seksuele connotatie, maar dat geconstateerd moet worden dat [eiser] niet, althans onvoldoende, heeft aangevoerd om te kunnen oordelen dat de handeling tot gevolg heeft gehad dat hij in zijn

7 In zijn beschikking heeft de kantonrechter uitdrukkelijk overwogen dat hij de eventueel door Olsthoorn geleden pensioenschade en de door Olsthoorn in verband met het incident geleden immateriële schade geheel buiten beschouwing heeft gelaten bij de vaststelling van de aan Olsthoorn toekomende vergoeding.

8 Dit terwijl het incident zich al in 2002 heeft afgespeeld.

9 Het hof lijkt in dit verband te verwijzen naar het feit dat Olsthoorn een man is en een redelijk salaris heeft. Ik merk daaromtrent op dat, los van het feit dat het wel of niet behoren tot een risicogroep nog niets zegt over de vraag of in een concreet geval sprake is van seksuele intimidatie, in toenemende mate het besef doorkomt dat ook mannen slachtoffer kunnen worden van seksuele intimidatie. Zie bijvoorbeeld Aanbeveling 92/131/EEG van de Commissie van 27 november 1991 betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (PbEG 1992, C 27/7); Kamerstukken II 1992/93, 23 326, nr. 3, p. 1-2; L.L.J. Koppes e.a., Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2009. Methodologie en globale resultaten, Hoofddorp: TNO 2010, p. 66.

waarde is aangetast. In dit oordeel betreft het hof dat zich niet heeft voorgedaan dat een bedreigende, vernederende of kwetsende situatie is gecreëerd. De ernst van de handeling is naar het oordeel van het hof, in de gegeven omstandigheden, slechts gelegen in het – aan [verweerder 2], ook na een zeer lange samenwerking, onbekende – gegeven dat [eiser] een traumatische jeugdervaring heeft gehad die hem heeft doen reageren op de wijze zoals hij heeft gedaan.’

Volgens het hof doet niet zozeer ter zake dat het incident in de beleving van Olsthoorn, gezien zijn jeugdervaring, als seksueel intimiderend is ervaren en voor hem tot ingrijpende emotionele schade heeft geleid. Het hof komt tot het oordeel dat in de onderhavige zaak geen sprake is van seksuele intimidatie. Wel is het handelen van Braber in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van de persoonlijke integriteit van Olsthoorn betaamt.<sup>10</sup> Het hof kent een (symbolisch) bedrag ad € 500 aan immateriële schadevergoeding toe. Olsthoorn stelt cassatieberoep in tegen het arrest van het hof. Als belangrijkste klacht voert Olsthoorn in cassatie aan dat het hof miskent dat het niet relevant is of de verweten gedraging wel of niet een seksuele lading bevatte of behelsde, nu voor de toepassing van artikel 7:646 lid 8 BW niet bepalend is hoe de aandacht is *bedoeld*, maar hoe deze is *ervaren* door Olsthoorn zelf.

### 3 Conclusie A-G Rank-Berenschot

Naar het oordeel van de A-G faalt de klacht van Olsthoorn betreffende de achtergrond van artikel 7:646 lid 8 BW. In dat kader voert de A-G het volgende aan:

‘2.5 (...) In de wetsgeschiedenis bij art. 7:646 lid 8 BW is door de minister immers uitdrukkelijk te kennen gegeven dat in rechte niet gestreden moet worden over de innerlijke belevingswereld van betrokkenen. Op deze grond is door het kabinet ervan afgezien om, evenals in de definitie van de Richtlijn 2002/73/EG, in de definitie van seksuele intimidatie in art. 7:646 lid 8 BW na de woorden “enige vorm van” de term “ongewenst” op te nemen. Een belangrijk bezwaar voor het kabinet was de subjectieve lading die het begrip ongewenst heeft. (...)’<sup>11</sup>

Bij gedeeltelijke gegrondbevinding van andere – niet nader te bespreken – klachten in cassatie strekt de conclusie van de A-G tot vernietiging en verwijzing.

10 Het hof acht ook de Stichting aansprakelijk op grond van artikel 6:170 BW.

11 In de conclusie van de A-G wordt verwezen naar T.M.J. Smits, ‘Seksuele intimidatie: de rechtspraak in perspectief geplaatst’, SR 2008/4, p. 110, die in dit verband opmerkt dat wat gewenst of ongewenst is weliswaar in beginsel ter beoordeling staat van de persoon die aan dat gedrag wordt blootgesteld, maar dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling is dat ongewenst gedrag naar subjectieve willekeur – dus per persoon verschillend – seksuele intimidatie oplevert, en naar W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten Arbeidsvereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2008, p. 183, alwaar wordt opgemerkt dat de innerlijke belevingswereld van het slachtoffer bij seksuele intimidatie niet relevant is.

## 4 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de A-G in zijn oordeel omtrent de door Olsthoorn aangevoerde klacht, maar slaat bij de beoordeling van deze klacht geen acht op de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:646 lid 8 BW. Ten aanzien van de vraag op welke wijze het begrip 'seksuele intimidatie' moet worden uitgelegd, oordeelt de Hoge Raad het volgende:

'3.3. Deze klacht, die kennelijk steunt op de opvatting dat een gedraging *zonder meer* als seksuele intimidatie moet worden aangemerkt indien degene jegens wie die gedraging is gericht zich seksueel geïntimideerd voelt, faalt omdat die opvatting onjuist is. Het hof kon derhalve bij zijn beoordeling van de ernst van de aan Braber verweten gedraging zonder enige rechtsregel te schenden rekening houden met de omstandigheid dat die gedraging voor Braber geen seksuele lading had.' (cursivering JZ)

Nu ook de overige klachten van Olsthoorn geen doel treffen, verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep en veroordeelt Olsthoorn in de kosten van het geding in cassatie.

## 5 Het arrest in perspectief geplaatst

### 5.1 Het Europese kader

#### 5.1.1 Richtlijn 2002/73/EG

Op 23 september 2002 hebben het Europees Parlement en de Raad Richtlijn 2002/73/EG uitgevaardigd. In deze richtlijn werd het begrip 'seksuele intimidatie' voor het eerst in het gemeenschapsrecht duidelijk omschreven als een vorm van discriminatie op grond van geslacht. In artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG wordt het begrip 'seksuele intimidatie' als volgt omschreven:

'(...) wanneer enige vorm van *ongewenst* verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie voordoet met als doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.' (cursivering JZ)

De hiervoor genoemde definitie bevat de volgende (cumulatieve) elementen:

- het moet gaan om enige vorm van *ongewenst* verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag;
- het gedrag moet een *seksuele connotatie* hebben;
- en als *doel of gevolghebbend dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast*.

Uit het voorstel van de Europese Commissie betreffende Richtlijn 2002/73/EG blijkt dat de definitie van het begrip 'seksuele intimidatie' uit de Gedragscode bij

Aanbeveling 92/131/EEG (hierna: de Gedragscode)<sup>12</sup> ten grondslag ligt aan voornoemde definitie.<sup>13</sup> Het element 'ongewenst' ziet blijkens de Gedragscode op het feit dat de geïntimideerde niet van de gewraakte gedraging gediend is.<sup>14</sup> Ten aanzien van het element 'gedrag met een seksuele connotatie' is noch in Richtlijn 2002/73/EG, noch in de Gedragscode terug te vinden wanneer sprake is van gedrag met een seksueel karakter. Het derde element van het begrip 'seksuele intimidatie' ziet op het resultaat c.q. het effect van de seksuele gedraging. Ingevolge artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG dient de gewraakte gedraging een aantasting van de waardigheid van een persoon te beogen of te bereiken, *'in het bijzonder* wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd' (cursivering JZ). Het creëren van een 'vijandige werksfeer' ten gevolge van het ongewenste gedrag is geen vereiste om seksuele intimidatie te kunnen vaststellen. Er is derhalve reeds aan de definitie van het begrip 'seksuele intimidatie' voldaan indien het ongewenste gedrag met een seksuele connotatie tot gevolg heeft dat – onafhankelijk van het doel – de waardigheid van de persoon wordt aangetast. Ook in de Gedragscode zijn aanwijzingen te vinden voor het antwoord op de vraag wanneer gedrag van seksuele aard een schending van de waardigheid van een persoon oplevert. Zo wordt verwezen naar de Resolutie van de Raad van 29 mei 1990 (hierna: de Resolutie).<sup>15</sup> Volgens de Resolutie levert gedrag van seksuele aard een schending van de waardigheid van een persoon op, indien:

- a. dergelijk gedrag ongewenst, onredelijk en beledigend is voor de persoon die ermee te maken krijgt;
- b. het afwijzen of het lijdzaam ondergaan van zulk gedrag van de kant van werkgevers of werknemers – ook van superieuren of collega's – expliciet of impliciet ten grondslag ligt aan een beslissing die betrekking heeft op de toegang van de betrokkene tot een opleiding of een baan, op het behouden van een baan, bevordering of salaris dan wel ten grondslag ligt aan andere beslissingen in verband met het werk; en/of
- c. een dergelijk gedrag voor de betrokkene een intimiderende, vijandige of vernederende werksfeer schept.<sup>16</sup>

Voorts vermeldt de Gedragscode dat seksuele aandacht onttaardt in seksuele intimidatie indien daarmee wordt doorgegaan nadat duidelijk is gemaakt dat het

12 Aanbeveling 92/131/EEG van de Commissie van 27 november 1991 betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (PbEG 1992, C 27/7). In de gedragscode wordt seksuele intimidatie omschreven als een vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag van seksuele aard, welk gedrag afbreuk doet aan de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk.

13 COM(2000)334 def., p. 11.

14 Aanbeveling 92/131/EEG van de Commissie van 27 november 1991 betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (PbEG 1992, C 27/7), p. 4.

15 Resolutie van de Raad van 29 mei 1990 betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (PbEG 1990, C 157/02).

16 Resolutie van de Raad van 29 mei 1990 betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (PbEG 1990, C 157/02), p. 3.



gedrag door de betrokkene als seksueel intimiderend wordt beschouwd, hoewel 'één voorval, mits voldoende ernstig, al seksuele intimidatie kan zijn'.<sup>17</sup>

Met ingang van 15 augustus 2009 is Richtlijn 2002/73/EG ingetrokken en vervangen door de herschikte Richtlijn 2006/54/EG. In artikel 2 lid 1 onder d Richtlijn 2006/54/EG wordt het begrip 'seksuele intimidatie' gedefinieerd. Het gaat om dezelfde definitie als die in Richtlijn 2002/73/EG.<sup>18</sup>

### 5.1.2 Implementatievereisten

Nederland is verplicht om Richtlijn 2002/73/EG – met inachtneming van de geldende implementatievereisten – te implementeren in de nationale wet- en regelgeving. De vereisten met betrekking tot implementatie van richtlijnen vloeien onder meer voort uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), de jurisprudentie van het Hof van Justitie (hierna: HvJ) en de richtlijn zelf. De lidstaten zijn verplicht binnen een bepaalde implementatieperiode een richtlijn om te zetten in nationale wetgeving. Het gemeenschapsrecht verplicht daarbij op zichzelf niet tot het letterlijk overnemen van definities en begrippen uit een richtlijn.<sup>19</sup> Een richtlijn is immers verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat.

De lidstaten genieten op grond van artikel 288 VWEU de – door de jurisprudentie van het HvJ ingeperkte – vrijheid om vorm, waaronder terminologie, en middelen te kiezen, zolang het resultaat van de richtlijn wordt verzekerd.<sup>20</sup> Uit de jurisprudentie van het HvJ kan worden afgeleid dat het gemeenschapsrecht slechts ruimte biedt aan de nationale lidstaten om af te wijken van definities en begrippen voor zover een dergelijke afwijking geen afbreuk doet aan de inhoud, de strekking en de elementen van definities en begrippen.<sup>21</sup> Soms vereist het gemeenschapsrecht een letterlijke omzetting van definities en begrippen, in het bijzonder wanneer nauwkeurige uitvoering van een richtlijn van bijzonder belang is.<sup>22</sup> Illustratief in dit verband is de ingebrekestelling van de Europese Commissie d.d. 31 januari 2008.<sup>23</sup> Nederland zou volgens de Europese Commissie Richtlijn 2000/78/EG<sup>24</sup> niet juist hebben geïmplementeerd. In het met redenen omkleed

17 Aanbeveling 92/131/EEG van de Commissie van 27 november 1991 betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (PbEG 1992, C 27/7), p. 4.

18 COM(2004)279 def., p. 25.

19 Zie bijv. HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-388/07, r.o. 41-43.

20 Ingevolge artikel 4 VEU dienen de lidstaten alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen om de uit artikel 288 VWEU voortvloeiende verplichting te verzekeren. Deze verplichting geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten, en daarmee ook voor de rechterlijke macht. Daaruit volgt dat de nationale rechter bij toepassing van het nationale recht, en met name van de bepalingen van een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde wet, dit nationale recht zo veel mogelijk richtlijnconform moet uitleggen. Zie bijv. HvJ EG 10 april 1984, zaak C-14/83, r.o. 26 (Von Colson).

21 Zie bijv. HvJ EG 18 januari 1984, zaak C-237/82 (Ekro), r.o. 11; HvJ EG 19 november 2000, zaak C-287/98 (Linster), r.o. 43.

22 Zie bijv. HvJ EG 13 oktober 1987, C-236/85 (Commissie/Nederland); HvJ EG 10 mei 2007, C-508/04 (Commissie/Oostenrijk), r.o. 57-59.

23 Ingebrekestelling inbreuk nr. 2006/2444, Brussel, 31 januari 2008.

24 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PbEG 200 L 303/16).



advies dringt de Europese Commissie voor wat betreft de in de gelijkebehandelingswetgeving opgenomen definities van de begrippen ‘direct onderscheid’ en ‘indirect onderscheid’ aan op nauwkeurige aansluiting bij de tekst van artikel 2 Richtlijn 2000/78/EG. De Europese Commissie acht deze definities belangrijk, omdat ze precies zo zijn geformuleerd dat het doel van de richtlijn kan worden verwezenlijkt. De Commissie gelijke behandeling (CGB) concludeert in haar advies inzake de ingebrekestelling van de Europese Commissie dat, hoewel in de praktijk de juiste en volledige toepassing van Richtlijn 2000/78/EG lijkt te zijn verzekerd, er ‘vanuit communautairrechtelijk perspectief goede redenen zijn aan te sluiten bij de *letterlijke tekst* van de richtlijn’ (cursivering JZ).<sup>25</sup>

Richtlijn 2002/73/EG en Richtlijn 2006/54/EG bevatten zelf ook aanwijzingen betreffende de implementatie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ in nationale wetgeving. Zo bepalen deze richtlijnen – anders dan eerdere gelijkebehandelingsrichtlijnen<sup>26</sup> – *niet* expliciet dat het begrip ‘seksuele intimidatie’ kan worden gedefinieerd in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten. Het feit dat een bepaling met een dergelijke strekking ontbreekt, lijkt erop te duiden dat de richtlijnen op dit punt weinig tot geen vrijheid laat aan lidstaten om een eigen invulling te geven aan het begrip ‘seksuele intimidatie’.

## 5.2 De implementatie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ in Nederland

### 5.2.1 Nederlandse wet- en regelgeving

In 1994 werd in Nederland voor het eerst een definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ opgenomen in de Arbeidsomstandighedenwet (hierna: Arbowet). Deze definitie luidde als volgt:

‘seksuele intimidatie: *ongewenste* seksuele toenadering, verzoeken om seksuele gunsten of ander verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag waarbij tevens sprake is van een van de volgende punten:

- 1° onderwerping aan dergelijk gedrag wordt hetzij expliciet hetzij impliciet gehanteerd als voorwaarde voor de tewerkstelling van een persoon;
- 2° onderwerping aan of afwijzing van dergelijk gedrag door een persoon wordt gebruikt als basis voor beslissingen die het werk van deze persoon raken;
- 3° dergelijk gedrag heeft het doel de werkprestaties van een persoon aan te tasten en/of een intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving te creëren, dan wel heeft tot gevolg dat de werkprestaties van een persoon worden aangetast en/of een intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving wordt gecreëerd.’<sup>27</sup> (cursivering JZ)

25 CGB-advies 2008/02 inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG, p. 3.

26 Zie Richtlijn 2000/43/EG en Richtlijn 2000/78/EG. In artikel 2 lid 3 van deze richtlijnen is opgenomen dat ‘(...) het begrip intimidatie kan (...) worden gedefinieerd in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten’.

27 Artikel 1 lid 3 onder e Arbowet 1994. Bij de wijziging van de Arbowet in 1998 werd de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ ongewijzigd overgenomen.

Blijkens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met seksuele intimidatie en agressie en geweld is het essentiële kenmerk van seksuele intimidatie dat de geïntimideerde kenbaar maakt niet gediend te zijn van een bepaalde gedraging.<sup>28</sup> Seksuele aandacht onttaardt daarbij in seksuele intimidatie indien daarmee wordt doorgegaan, hoewel door de geïntimideerde duidelijk is of wordt gemaakt dat het gedrag als seksueel intimiderend wordt beschouwd.<sup>29</sup> De wetgever heeft bij de uitleg van het begrip 'seksuele intimidatie' onder de Arbwet 1994 (en 1998) aldus de *subjectieve beleving van de geïntimideerde* doorslaggevend geoordeeld.

In 2006 werd de definitie van het begrip 'seksuele intimidatie' – ter implementatie van Richtlijn 2002/73/EG – overgeheveld van de Arbwet naar de gelijkebehandelingswetgeving.<sup>30</sup> Artikel 7:646 lid 8 BW luidt sedertdien:

'enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd'.<sup>31</sup>

De hiervoor genoemde definitie van het begrip 'seksuele intimidatie' bevat de volgende (cumulatieve) elementen:

- het moet gaan om enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek *gedrag met een seksuele connotatie*;
- met als *doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast*.<sup>32</sup>

Seksuele intimidatie kan blijkens de memorie van toelichting verschillende vormen aannemen.<sup>33</sup> Het kan gaan om verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie. Wat het element 'seksuele connotatie' precies inhoudt, ver-

28 Kamerstukken II 1992/93, 23 326, nr. 3, p. 2.

29 Kamerstukken II 1992/93, 23 326, nr. 3, p. 2.

30 Bij de wijziging van de Arbwet in 2007 is de definitie van het begrip 'seksuele intimidatie' geschrapt en onder de noemer 'psychosociale arbeidsbelasting' gebracht. De wetgever heeft ervoor gekozen om een nadere omschrijving van het begrip 'seksuele intimidatie' in de memorie van toelichting op te nemen. Zowel in de gelijkebehandelingswetgeving als in de Arbwet wordt uitgegaan van een gelijkkluidende definitie van het begrip 'seksuele intimidatie'. Zie Kamerstukken II 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 26.

31 Gelijktijdig met de wijziging van artikel 7:646 BW is ook de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen aangepast en is in artikel 1a lid 3 van deze wet expliciet 'seksuele intimidatie' als vorm van direct onderscheid op grond van geslacht toegevoegd.

32 Van de Laar en Pfennings betwifelen of de elementen van artikel 7:646 lid 8 BW, te weten: [1] 'gedrag met een seksuele connotatie' en [2] 'doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast' cumulatief bedoeld zijn. Zie M.C. van de Laar & D.C.A. Pfennings, Billenk-nipen in de 'darkroom': geen seksuele intimidatie, *ArbeidsRecht* 2010/5, p. 15. Uit de memorie van toelichting blijkt daarentegen dat eerdergenoemde elementen wel degelijk cumulatief zijn bedoeld, maar dat het element 'vijandige werksfeer' geen cumulatief vereiste is. De wettekst van artikel 7:646 lid 8 BW spreekt immers van 'in het bijzonder'. Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 12.

33 Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 12.

meldt de wet of de parlementaire geschiedenis niet.<sup>34</sup> In de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ zijn de elementen ‘aantasting van de waardigheid’ en ‘vijandige werksfeer’ – anders dan bij intimidatie – niet cumulatief gesteld. Van seksuele intimidatie is reeds sprake bij gedrag dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast. Het ontstaan van een vijandige werksfeer is derhalve geen vereiste om seksuele intimidatie te kunnen vaststellen. De memorie van toelichting biedt op dit punt verder geen aanknopingspunten.<sup>35</sup> Het feit dat in de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ wordt gesproken van ‘doel of gevolg’ en ‘wordt aangetast’ (en niet: ‘voelt aangetast’) lijkt te wijzen op een objectieve benadering.<sup>36</sup>

Bij de implementatie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ in de gelijkebehandelingswetgeving heeft de wetgever getracht zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG, met dien verstande dat het element ‘ongewenst’ niet in de definitie is opgenomen. Een belangrijk bezwaar voor de wetgever tegen het opnemen van dit element betreft de subjectieve lading die het begrip heeft. Volgens de wetgever kan het element ‘ongewenst’ afbreuk doen aan de rechtsbescherming van de geïntimideerde en tot verwarring leiden, omdat dan in rechte gestreden zou kunnen worden over de innerlijke belevingswereld van de betrokkenen. Voorts zou het gebruik van het woord ‘ongewenst’ tot een verzwaring van de bewijslast van de geïntimideerde kunnen leiden. De geïntimideerde moet immers aantonen dat het gedrag ongewenst is. Tot slot draagt het element ‘ongewenst’ naar het oordeel van de minister bij aan mogelijke ongewenste discussies over de vraag of de geïntimideerde door een bepaald handelen of nalaten, zoals het niet protesteren, de indruk geeft in te stemmen met de seksueel intimiderende gedraging.<sup>37</sup> De minister heeft met het achterwege laten van het element ‘ongewenst’ derhalve een *objectief begrip* willen creëren.<sup>38</sup>

Tijdens het implementatietraject heeft zowel de Raad van State<sup>39</sup> als het toenmalige VVD-Kamerlid Van Egerschot<sup>40</sup> erop aangedrongen voor wat betreft de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ directe aansluiting te verzekeren met

34 Volgens Holtmaat is bij de uitleg van het element ‘seksuele connotatie’ relevant in welke concrete context iets afspeelt; H.M.T. Holtmaat, ‘Voelen of bedoelen: wat bepaalt of iets seksueel intimiderend is?’, TRA 2009/10, p. 23.

35 Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 12.

36 Zie ook Holtmaat 2009, p. 23.

37 Kamerstukken II 2005/06, 30 237, nr. 6, p. 8.

38 Zie ook C.G.W. de Graaf-Tolkamp, *Seksuele intimidatie op het werk. Een aantasting van de menselijke waardigheid*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2008, p. 51; R. Vilters, *Omgaan met seksuele intimidatie. Juridische praktijkgids ongewenst gedrag*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 58; H.M.T. Holtmaat, *Seksuele intimidatie. De juridische gids*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 108. Opmerkelijk is overigens dat het begrip ‘seksuele intimidatie’ op de website van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt omschreven als seksueel getinte aandacht die de geïntimideerde als onwenselijk en bedreigend ervaart. Zie [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

39 Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 4, p. 2. Zie ook Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 14-15; Kamerstukken II 2005/06, 30 237, nr. 7.

40 Kamerstukken II 2005/06, 30 237, nr. 7. Dit amendement strekte ertoe dat voor de definiëring van het begrip ‘seksuele intimidatie’ aansluiting wordt gezocht bij hetgeen hierover is bepaald in Richtlijn 2002/73/EG.

artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG. De Raad van State overweegt omtrent de door de wetgever gehanteerde eigen terminologie:

‘In eerdere advisering over implementatie van gelijkebehandelingsrichtlijnen heeft de Raad er herhaald en met klem op aangedrongen daarbij niet voort te gaan met een eigen terminologie (...) maar om aan te sluiten bij de richtlijn-terminologie (...) Evenzo heeft de Raad in eerdere advisering er op aangedrongen om in de omschrijving van «intimidatie» het element «ongewenst» toe te voegen, eveneens om aldus een directe aansluiting te verzekeren met de richtlijn. De regering heeft dit afgewezen «omdat het niet overnemen van dit element uit de richtlijndefinitie bijdraagt tot betere rechtsbescherming van de geïntimideerden». In de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel B (artikel 1a Wgbm/v) wordt dit standpunt opnieuw ingenomen. De Raad acht de hiervoor weergegeven keuzen van de regering niet overtuigend, en opnieuw doorgaan op de weg van het hanteren van een afwijkende terminologie ongewenst. Hij adviseert het voorstel in dat licht bezien nader te overwegen.’

De wetgever heeft uiteindelijk geen gehoor gegeven aan eerdergenoemde bezwaren van de Raad van State en het toenmalige VVD-Kamerlid Van Egerschot.<sup>41</sup> Alvorens in paragraaf 7 antwoord te geven op de vraag of de Nederlandse wetgever het begrip ‘seksuele intimidatie’ uit Richtlijn 2002/73/EG op de juiste wijze heeft geïmplementeerd, zal eerst worden stilgestaan bij de (lagere) jurisprudentie, de implementatie van Richtlijn 2002/73/EG in België (respectievelijk paragraaf 5.2.2 en paragraaf 5.3) en het arrest van de Hoge Raad (paragraaf 6).

### 5.2.2 (Lagere) jurisprudentie

In de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wet van 5 oktober 2006 tot wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het Burgerlijk Wetboek ter invoering van Richtlijn 2002/73/EG was de (lagere) jurisprudentie verdeeld over de vraag op welke wijze het begrip ‘seksuele intimidatie’ moet worden uitgelegd. Rechters kwamen meestal tot het oordeel dat de subjectieve beleving van de geïntimideerde een doorslaggevende rol speelde bij de uitleg van het begrip seksuele intimidatie.<sup>42</sup> Slechts sporadisch oordeelden rechters dat bij de beoordeling of sprake is van seksuele intimidatie een objectieve maatstaf

41 Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 4, p. 3.

42 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 13 september 1996, JAR 1996, 211; Ktr. Middelburg, 24 februari 1997, JAR 1997, 93; Ktr. Amsterdam 2 april 1999, JAR 1999, 95; Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000, 149; Ktr. Haarlem 16 september 2004, LJN AR2136; Ktr. Eindhoven 29 november 2004, JAR 2005, 2; Rb. Dordrecht 9 september 2005, LJN AU289.

moet worden aangelegd.<sup>43</sup> Ter illustratie dient het oordeel van de Kantonrechter Middelburg<sup>44</sup> uit 2001. In deze zaak hadden meerdere werknemers zich beklagd over seksistische opmerkingen en uitlatingen van een leidinggevende die zij niet op prijs stelden. De leidinggevende ontkent opmerkingen van seksueel intimiderende aard te hebben gemaakt. De kantonrechter oordeelt dat de werkgever niet aannemelijk heeft gemaakt dat de leidinggevende zich schuldig heeft gemaakt aan gedragingen en opmerkingen die naar *objectieve maatstaven* als seksueel intimiderend kunnen worden ervaren. Wel kan volgens de kantonrechter worden vastgesteld dat de leidinggevende:

‘5.2. (...) veelvuldig seksueel getinte opmerkingen maakte en daarmee doorging, ook nadat een medewerkster hem had laten merken daarvan niet gediend te zijn. Dit laatste had voor X. reden moeten zijn zich in het vervolg van dergelijke opmerkingen te onthouden. Kennelijk heeft X. dit niet voldoende ingezien, terwijl dit wel van hem mocht worden verwacht, zeker in de leidinggevende functie van filiaalleider. (...)’

Naar het oordeel van de kantonrechter is het gedrag van de leidinggevende weliswaar seksueel van aard,<sup>45</sup> en wellicht ook ‘ongewenst’, maar niet kan worden vastgesteld dat het gedrag tevens intimiderend is.

Na de implementatie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ in de gelijkebehandelingswetgeving lijkt de (lagere) jurisprudentie een meer ‘*objectieve*’ koers te varen.<sup>46</sup> Zo oordeelt de Kantonrechter Harderwijk in 2009<sup>47</sup> dat bij de uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’ moet worden beoordeeld of de opstelling van de intimideerder naar objectieve maatstaven heeft geleid tot seksuele intimidatie van de geïntimideerde. In deze zaak ging het om een werknemer die sedert 2001, destijds als man, in dienst was getreden als zorgkundig coach. In 2003 heeft de werknemer kenbaar gemaakt dat zij op de wachtlijst stond voor een geslachtsveranderende operatie van man naar vrouw. De werknemer stelt zich op het standpunt dat zij sedertdien door haar leidinggevers werd vernederd,

43 Zie bijv. Rb. Amsterdam 25 september 1996, JAR 1996, 214; Ktr. Amsterdam 9 oktober 1996, JAR 1996, 211; Ktr. Middelburg 13 december 2001, JAR 2002, 25. Ook de Commissie gelijke behandeling (CGB) is van mening dat het bij (seksuele) intimidatie moet gaan om gedrag waarvan objectief kan worden vastgesteld dat het tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast. Zie bijv. CGB 31 januari 2005, nr. 2005-11 (intimidatie); CGB 14 april 2005, nr. 2006-65 (intimidatie); CGB 15 augustus 2006, nr. 2006-181 (intimidatie).

44 Ktr. Middelburg 13 december 2001, JAR 2002, 25.

45 De CRvB oordeelt in 2003 dat het element ‘gedrag met een seksuele connotatie’ ziet op gedrag dat een ‘normaal weldenkend mens’ heeft kunnen beleven als seksueel van aard. Zie CRvB 15 mei 2003, LJN AF9717. In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat de discussie rondom het begrip ‘seksuele intimidatie’ veelal ziet op het element ‘aantasting van de waardigheid van een persoon’, en niet zozeer op het element ‘gedrag met een seksuele connotatie’.

46 Zie Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 16 september 2008, LJN BF1913. Zie ook Ktr. Haarlem 2 mei 2007, LJN BA4392; Van de Laar & Pfenning 2010, p. 12-13. Anders: Ktr. Dordrecht 26 november 2008, LJN BG6584. De Kantonrechter Harderwijk betreft in laatstgenoemde zaak zowel de subjectieve beleving van de geïntimideerde als de intentie van de intimideerder bij de uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’.

47 Ktr. Harderwijk 16 december 2009, JAR 2010, 114.

uitgescholden, bekritiseerd en geïntimideerd. Het ging om opmerkingen als ‘ik heb een man aangenomen, geen vrouw’ en ‘straks loop je in een jurkje en hoge hakken en moeten wij dat accepteren’. De werkneemster heeft zich gewend tot de CGB met het verzoek onder meer te oordelen dat haar werkgever onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door haar seksueel te intimideren. De CGB<sup>48</sup> oordeelt dat de werkgever onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht jegens de werkneemster door bij de arbeidsomstandigheden te refereren aan haar transseksualiteit en haar uiterlijk. De kantonrechter onderschrijft het oordeel van de CGB en overweegt het volgende:

‘2 (...) Voor zover gedaagde zich erop beroept dat deze uitingen slechts de uiting waren van goede bedoelingen, wordt daarmee miskend dat de wetgever heeft bedoeld om de vraag wat geldt als intimiderend gedrag, zoveel mogelijk te *objectiveren*. Het gaat om wat in de concrete context van de situatie naar *objectieve maatstaven* heeft te gelden als gedrag met een seksuele connotatie. En de onderhavige opmerkingen zijn gemaakt in de context van een min of meer permanente aandacht van gedaagde voor de transseksualiteit van eiseres die – naar het zich laat aanzien – in de dagelijkse praktijk voor het functioneren van eiseres geen wezenlijk probleem is geweest.’ (cursivering JZ)

De innerlijke belevingswereld van betrokkenen speelt volgens de kantonrechter in de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ geen rol. Het gaat om gedrag met een seksuele connotatie dat ‘als (...) gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast’.<sup>49</sup> Naar het oordeel van de kantonrechter heeft de opstelling van – in het bijzonder – de leidinggevenden van de werkneemster naar objectieve maatstaven geleid tot seksuele intimidatie op de werkvloer.<sup>50</sup>

Ook de CGB hanteert veelal een objectieve toetsing ten aanzien van de uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’. Uit vaste jurisprudentie van de CGB blijkt dat het bij (seksuele) intimidatie moet gaan om gedrag waarvan objectief kan worden vastgesteld dat het tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast.<sup>51</sup> In 2011 oordeelt de CGB<sup>52</sup> – in lijn met het arrest van de Hoge Raad – dat het enkele feit dat een werkneemster een bepaald gedrag als seksueel intimiderend ervaart, op zich niet voldoende is voor de conclusie dat ‘dus’ sprake is van seksuele intimidatie.<sup>53</sup> In de betreffende zaak stond vast dat een promotor een promovenda op de wang had gekust vanwege haar verjaardag, na haar daarvoor toestemming te hebben gevraagd, en dat hij haar later nogmaals – ten afscheid – op de wang heeft gekust, zonder eerst te vragen of zij dat goed vond. De CGB oordeelt dat de enkele incidenten van de verjaardagszoen en van een ongevraagde afscheidszoen ‘niet zodanig grensoverschrijdend zijn dat het

48 CGB 9 maart 2006, nr. 2006-33.

49 Ktr. Harderwijk 16 december 2009, JAR 2010, 114, r.o. 2.

50 Zie ook Ktr. Breda 22 september 2010, LJV BO3290.

51 Zie bijv. CGB 23 december 2010, nr. 2010-190.

52 CGB 23 maart 2010, nr. 2010-48.

53 Zie in soortgelijke zin: Ktr. Maastricht 5 januari 2011, LJV BP1782.

beschouwd moet worden als (seksueel) intimiderend, in die zin dat het tot doel of gevolg had dat de waardigheid van verzoekster werd aangetast'.<sup>54</sup>

### 5.3 De implementatie van het begrip 'seksuele intimidatie'<sup>55</sup> in België: enige opmerkingen van rechtsvergelijkende aard

In België is gekozen voor afzonderlijke arbeidsomstandighedenwetgeving op het gebied van geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag.<sup>56</sup> In 2002 werd in de zogeheten Welzijnswet een hoofdstuk ingevoegd met het oog op de bescherming van werknemers tegen onder meer ongewenst seksueel gedrag op de werkvloer.<sup>57</sup> Ongewenst seksueel gedrag werd daarbij omschreven als:

#### 'Artikel 32ter Welzijnswet 2002

3 ongewenst seksueel gedrag op het werk: elke vorm van verbaal, niet-verbaal of lichamelijk gedrag van seksuele aard waarvan degene die zich er schuldig aan maakt, weet of zou moeten weten dat het afbreuk doet aan de waardigheid van vrouwen en mannen of het werk.<sup>58</sup>

In 2007 is de Welzijnswet geactualiseerd. Het hoofdstuk over geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag maakt sedertdien deel uit van het hoofdstuk over psychosociale arbeidsbelasting. De definitie van het begrip 'ongewenst seksueel gedrag' is daarbij gewijzigd om haar in overeenstemming te brengen met de definitie uit Richtlijn 2002/73/EG.<sup>59</sup> Het begrip 'ongewenst seksueel gedrag' wordt thans als volgt omschreven:

#### 'Artikel 32ter Welzijnswet 2007

3 Ongewenst seksueel gedrag op het werk is elk *ongewenst* gedrag dat verband houdt met het geslacht van een persoon of elke vorm van *ongewenst* verbaal, non-verbaal of lichamelijk gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt

54 CGB 23 maart 2010, nr. 2010-48, r.o. 3.14. Anders: Ktr. Dordrecht 26 november 2008, LJN BG6584.

55 In België wordt niet het begrip 'seksuele intimidatie' gebezigd, maar het begrip 'ongewenst seksueel gedrag'.

56 Ook is in België een definitie van het begrip 'seksuele intimidatie' opgenomen in de gelijkebehandelingswetgeving, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGBMV). In 2009 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat de bepalingen van de WGBMV niet van toepassing zijn in geval van seksuele intimidatie op de werkvloer. In een dergelijk geval zijn de Belgische werknemers – anders dan in Nederland – volledig aangewezen op de Welzijnswet. Zie GwH 2 april 2009, nr. 64/2009. Zie ook GwH 22 april 2010, nr. 35/2010; Parl. St. Kamer 2006-2007, DOC 51-2722/001, p. 46.

57 Dit hoofdstuk wordt binnen de Welzijnswet ook wel aangeduid als de 'Pestwet'. De aanleiding van deze wet was de zelfmoord van een jonge, door pesterijen geplaagde postbode.

58 De definitie van het begrip 'ongewenst seksueel gedrag' is letterlijk gebaseerd op de definitie van dit begrip in artikel 5 WGBMV 1999. Zie Parl. St. Kamer 2001-2002, DOC 1583/001 en 1584/001, p. 7.

59 Parl. St. Kamer 2005-2006, DOC 2686/001 en 2687/001, p. 17-18.



aangetast of een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.’ (cursivering JZ)

Ten opzichte van eerdere definities van het begrip ‘ongewenst seksueel gedrag’ zijn de volgende wijzigingen aangebracht. In de eerste plaats is – anders dan in de Nederlandse definitie – het *ongewenste* karakter van de gedraging aan de definitie van het begrip ‘ongewenst seksueel gedrag’ toegevoegd, teneinde de definitie volledig in overeenstemming te brengen met Richtlijn 2002/73/EG.<sup>60</sup> In de tweede plaats heeft het gedrag een tweeledige betekenis gekregen, te weten: [1] het gedrag dat verband houdt met het *geslacht van de persoon*, en [2] het gedrag met een *seksuele connotatie*. In Nederland zijn deze twee gedragsvormen, ‘intimidatie’ en ‘seksuele intimidatie’, opgenomen in twee afzonderlijke wetsartikelen. In de derde plaats is de verwijzing naar het feit dat de dader ‘wist of moest weten’ welke gevolgen zijn gedrag heeft, vervangen door het feit dat het gedrag dergelijke impact ‘tot doel of gevolg’ heeft. Volgens de Belgische wetgever gaat het hierbij niet alleen om de gedragingen die ‘willens en wetens’ worden gesteld – de intimideerder heeft de bedoeling de feiten te plegen en wil ook de voorzienbare gevolgen ervan –, maar ook om de gedragingen waarvan de intimideerder de gevolgen niet heeft gewild. Net als in Nederland lijkt ook de Belgische wetgever op dit punt te kiezen voor een meer objectieve benadering ten aanzien van de uitleg van ‘het resultaat’ van een gedraging. In de vierde plaats worden de gevolgen van het seksuele gedrag verruimd, aangezien het gedrag niet alleen een aantasting van de waardigheid van de persoon kan inhouden, maar ook het ontstaan van een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving. In Nederland is op dit punt volledig aansluiting gezocht bij Richtlijn 2002/73/EG door de woorden ‘in het bijzonder wanneer’ aan de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ toe te voegen. De ‘vijandige werksfeer’ wordt in de Nederlandse definitie als een onderdeel van de aantasting van de waardigheid van een persoon gepresenteerd, terwijl in België de elementen ‘aantasting van de waardigheid’ en ‘vijandige werksfeer’ als twee verschillende elementen worden beschouwd. Een aantasting van de waardigheid van een persoon is in België derhalve – anders dan in Nederland – niet noodzakelijk om een gedraging als ‘ongewenst seksueel’ te bestempelen.

Uit de Belgische jurisprudentie wordt duidelijk dat het begrip ‘ongewenst seksueel gedrag’ verschillende verschijningsvormen kent, zoals het tonen van pornografische foto’s,<sup>61</sup> het maken van seksistische grappen,<sup>62</sup> onwelvoeglijke handelingen<sup>63</sup> en vormen van seksueel geweld.<sup>64</sup> Volgens de Arbeidsrechtbank Gent<sup>65</sup> gaat het bij de uitleg van het begrip ‘ongewenst seksueel gedrag’ niet om de (seksuele)

60 Parl. St. Kamer 2005-2006, DOC 2686/001 en 2687/001, p. 17-18.

61 Arbh. Gent 1 juli 1988, Soc. Kron. 1989, 20.

62 Arbh. Luik 1 oktober 1991, R.G., nr. 4020, 1990.

63 Arbrb. Brussel 12 juni 1991, R.G., nr. 10978; Arbh. Brussel 23 juni 1992, R.G., nr. 26136.

64 Arbrb. Dinant 1 juni 1989, Soc. Kron. 1990, 138; Arbh. Luik 23 oktober 1991, Soc. Kron. 1992, 117.

65 Arbrb. Gent 17 juni 1994, R.W. 1994, 750. Zie ook A. Dreesen & I. Plets, Pestwetgeving. Kritische analyse van de belangrijkste wijzigingen, NjW 2008/98, p. 100.

bedoeling van de gedraging, maar om de vraag of de gedraging door diegene die er het voorwerp van is als ongewenst wordt beschouwd.<sup>66</sup> Uit de uitspraak van de Arbeidsrechtbank Mouscron<sup>67</sup> kan echter worden afgeleid dat geen ‘puur subjectieve’ toetsing wordt gehanteerd bij de uitleg van het begrip ‘ongewenst seksueel gedrag’. In deze zaak had de zoon van de werkgever aan de geïntimideerde in een brief zijn liefde verklaard. In de brief gaf de zoon onder meer complimenten over ‘haar sexy schoolmeisjeslook’ en ‘haar mooie glimlach’. De Arbeidsrechtbank Mouscron hanteert een objectieve toetsing door te overwegen dat het te ver gaat om een briefje met daarin een onhandige en naïeve wijze van liefdesverklaring als ongewenst seksueel gedrag te bestempelen. De Arbeidsrechtbank Doornik<sup>68</sup> oordeelt in 2008 dat de waardigheid van een werknemer kan worden afgeleid uit de relevante feiten en omstandigheden van het geval, zoals het voorstellen van een geldsom in ruil voor seksuele betrekkingen, het vragen naar welke lingerie de werkneemster draagt, het doorlopend doen van seksueel getinte uitlatingen – zoals ‘ik zou u wel willen pakken in de bergplaats’, ‘ik moet je jouw loon betalen, maar wat doe jij?’ –, het aanmoedigen van de werkneemster om sexy kleding te dragen om klanten te lokken en het voorstellen aan de werknemers om seksueel getinte sites te bekijken.

## 6 Commentaar op het arrest van de Hoge Raad

### 6.1 *Het toepassingsbereik van artikel 7:646 lid 8 BW*

Nu de Nederlandse (en Belgische) implementatie van Richtlijn 2002/73/EG is besproken, ga ik na hoe de Hoge Raad hiermee omgaat in de zaak Olsthoorn/Braber en Nederlandse Leprastichting. Het hof zoekt in deze zaak voor wat betreft de inhoud van het begrip ‘seksuele intimidatie’ aansluiting bij artikel 7:646 lid 8 BW.<sup>69</sup> De vraag is echter of artikel 7:646 lid 8 BW wel van toepassing is, nu in casu sprake is van een conflict omtrent seksuele intimidatie tussen twee werknemers van *gelijk geslacht*.<sup>70</sup> In het algemeen kan worden opgemerkt dat voor de toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving steeds een vergelijking moet worden gemaakt met een werknemer van het *anderegeslacht*.<sup>71</sup> Volgens Hollants e.a.<sup>72</sup> kan in geval een werknemer door een collega of werkgever van gelijk geslacht sek-

66 Anders: Arbrb. Nijvel 20 juni 2003, A.R. 540.2003. Volgens de Arbeidsrechtbank Nijvel in 2003 is de *seksuele bedoeling* van de intimideerder van belang voor de vraag of in een concreet geval sprake is van ongewenst seksueel gedrag. Zie ook Arbrb. Nijvel 23 december 1992, Soc. Kron. 1993, p. 279.

67 Arbrb. Mouscron 19 maart 2010, A.R. 00/281217/A.

68 Arbrb. Doornik 11 augustus 2008, A.R. 28.6111, onuitg. Zie [www.beswic.be](http://www.beswic.be).

69 Ook de Hoge Raad gaat ervan uit dat artikel 7:646 lid 8 BW in deze situatie toepassing heeft.

70 Voorts speelt de vraag in deze zaak of de arbeidsrechtelijke norm van artikel 7:646 BW van toepassing is in geval van een bedrijfsfeest. Mijns inziens wordt een bedrijfsfeest primair gekenmerkt door de arbeidsverhouding, zodat de arbeidsrechtelijke norm van artikel 7:646 lid 8 BW in een dergelijk geval toepassing kan vinden. Zie bijv. Ktr. Eindhoven van 29 juli 1993, Prg. 1993, 3998; Ktr. Zwolle 2 september 2003, JAR 2003, 219; HR 16 juni 2006, LJN AW6109.

71 Vgl. bijv. artikel 7:646 lid 1 BW.

72 M.C.A. Hollants e.a., *Praktijkgids arbeidsrecht* 2010, Deventer: Kluwer 2010, p. 191.

sueel wordt geïntimideerd, geen actie worden ondernomen op grond van de gelijkebehandelingswetgeving, maar mogelijk wel op grond van het onrechtmatige daadsrecht dan wel via de norm van 'goed werkgeverschap' ex artikel 7:611 BW. Het toepassingsbereik van artikel 7:646 lid 8 BW is mijns inziens niet beperkt tot de situatie waarin tussen twee werknemers van verschillend geslacht een conflict rijst omtrent seksuele intimidatie op de werkvloer. Allereerst kan worden gewezen op het feit dat bij de vergelijking van de definities van de begrippen 'intimidatie' en 'seksuele intimidatie' opvalt dat het begrip 'seksuele intimidatie' – anders dan het begrip 'intimidatie' – *sekseneutraal* is geformuleerd:

**'Artikel 7:646 BW**

7. Onder intimidatie als bedoeld in lid 6 wordt verstaan: gedrag dat *met het geslacht van een persoon verband houdt* en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.
8. Onder seksuele intimidatie als bedoeld in lid 6 wordt verstaan: enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.' (cursivering JZ)

Ingevolge artikel 7:646 lid 7 BW moet bij 'intimidatie' de gewraakte gedraging verband houden met een (verboden) discriminatiegrond, te weten: het geslacht. Het begrip 'seksuele intimidatie' bevat daarentegen geen verwijzing naar het geslacht, maar naar het seksuele karakter van de gedraging. Een verwijzing naar het geslacht zou mijns idee afbreuk doen aan het feit dat seksuele intimidatie op de werkvloer zich niet louter afspeelt tussen werknemers van verschillend geslacht, maar – in toenemende mate – ook in relatie tussen werknemers van gelijk geslacht.<sup>73</sup> Ook in de Belgische definitie van het begrip 'ongewenst seksueel gedrag' wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds ongewenst seksueel gedrag dat verband houdt met het geslacht van de geïntimideerde en anderzijds ongewenst seksueel gedrag met een seksuele connotatie.<sup>74</sup>

Voorts wijs ik op het feit dat in geval van seksuele intimidatie geen afzonderlijke discriminatietoets hoeft te worden gehanteerd. Uit het systeem van artikel 7:646 BW blijkt dat seksuele intimidatie wordt aangemerkt als direct onderscheid op

<sup>73</sup> Zie bijv. Aanbeveling 92/131/EEG van de Commissie van 27 november 1991 betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (PbEG 1992, C 27/7); Kamerstukken II 1992/93, 23 326, nr. 3, p. 1-2; Koppes e.a. TNO 2010, p. 66.

<sup>74</sup> Zie artikel 32ter Welzijnswet 2007.

grond van geslacht, en daarmee als discriminatie.<sup>75</sup> Ook uit de jurisprudentie van de CGB blijkt dat in geval van seksuele intimidatie niet apart hoeft te worden aangetoond dat direct onderscheid wordt gemaakt op grond van geslacht. Ter illustratie dient een uitspraak van de CGB uit 2006.<sup>76</sup> In deze zaak had een van de directeuren vaak indringende vragen gesteld over het liefdesleven van een werknemster. Na het weekend vroeg hij vaak: 'En, heb je nog lekker geneukt?' Ook tussendoor vroeg de directeur regelmatig naar het seksleven van de werknemster, waarbij hij ook een ex-vriend van haar, een zakenrelatie, betrok. Volgens de CGB heeft de werkgever zich in deze zaak schuldig gemaakt aan seksuele intimidatie, hetgeen verboden is. De CGB komt tot het oordeel dat de werkgever 'verboden onderscheid gemaakt jegens ... [de werknemster; red.] op grond van geslacht, bestaande in (seksuele) intimidatie'.<sup>77</sup> De enkele vaststelling dat sprake is van seksuele intimidatie is derhalve voldoende.

Overigens zou de constatering dat werknemers van gelijk geslacht geen beroep toekomt op artikel 7:646 BW, tot het – mijns inziens onbevredigende – resultaat leiden dat voor deze werknemers geen specifiek verbod op seksuele intimidatie geldt.<sup>78</sup> Zij zullen moeten terugvallen op open normen uit het civiele recht, zoals het 'goed werkgeverschap' ex artikel 7:611 BW en het onrechtmatige daadsrecht.

## 6.2 Uitleg van het begrip 'seksuele intimidatie'

De maatstaf die de Hoge Raad hanteert bij de uitleg van het begrip 'seksuele intimidatie' bestaat uit de volgende twee elementen:

1. een gedraging kan niet *zonder meer* als seksuele intimidatie worden aangemerkt indien degene jegens wie die gedraging is gericht zich seksueel geïntimideerd voelt ('subjectieve beleving van de geïntimideerde');
2. de rechter kan bij de beoordeling van de ernst van de aan de intimideerder te verwijten gedraging rekening houden met de omstandigheid dat die gedraging voor de intimideerder geen seksuele bedoeling heeft gehad ('intentie van de intimideerder').<sup>79</sup>

Hierna zal afzonderlijk op beide elementen worden ingegaan.

<sup>75</sup> Seksuele intimidatie wordt aangemerkt als direct onderscheid op grond van geslacht (artikel 7:646 lid 6 BW), waarop de wettelijke uitzonderingen niet van toepassing zijn (artikel 7:646 lid 13 BW). Seksuele intimidatie is nimmer geoorloofd. Charbon gaat uit van een 'wiskundige' benadering: seksuele intimidatie is direct onderscheid op grond van geslacht. Direct onderscheid is discriminatie. Seksuele intimidatie is discriminatie. Zie P.A. Charbon, Verschuiving bewijslast bij seksuele intimidatie, *ArbeidsRecht* 2007/8, p. 10.

<sup>76</sup> CGB 11 april 2006, nr. 2006-65.

<sup>77</sup> CGB 11 april 2006, nr. 2006-65, r.o. 5.

<sup>78</sup> Wel zouden homoseksuele werknemers een beroep kunnen doen op een andere discriminatiegrond uit de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), zoals het verbod van onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid (artikel 1 lid 1 AWGB).

<sup>79</sup> Ook in de (lagere) jurisprudentie wordt in een beperkt aantal gevallen de intentie van de intimideerder van belang bij de vaststelling of er sprake is van seksuele intimidatie. Zie bijv. Rb. Breda 5 maart 2002, JAR 2002, 223.

### 1. *Subjectieve beleving van de geïntimideerde*

Het enkele feit dat een geïntimideerde een gedraging als seksueel intimiderend ervaart, is volgens de Hoge Raad niet voldoende voor de kwalificatie van de gedraging als 'seksueel intimiderend'. De Hoge Raad sluit de rol van de subjectieve beleving van de geïntimideerde echter niet geheel uit door de woorden 'zonder meer' te bezigen. Dit laatste staat mijns inziens op gespannen voet met de bedoeling van de wetgever met artikel 7:646 lid 8 BW. De wetgever stond immers bij het achterwege laten van het element 'ongewenst' een objectieve uitleg van het begrip 'seksuele intimidatie' voor ogen, waarbij in rechte niet gestreden moet worden over de innerlijke belevingswereld van de betrokkenen. Eveneens lijkt het oordeel van de Hoge Raad omtrent subjectieve beleving van de geïntimideerde op het eerste gezicht op gespannen voet te staan met Richtlijn 2002/73/EG. Uit de Gedragscode blijkt immers dat de subjectieve beleving van de geïntimideerde een belangrijke rol speelt bij de uitleg van het begrip 'seksuele intimidatie'. Ook blijkt echter uit de Gedragscode dat – in lijn met het oordeel van de Hoge Raad – de enkele vaststelling dat de geïntimideerde zich seksueel geïntimideerd voelt, niet voldoende is voor seksuele intimidatie. Gedrag met een seksuele connotatie onttaardt blijkens de Gedragscode immers pas in seksuele intimidatie indien de intimideerder doorgaat met een bepaalde gedraging nadat duidelijk is gemaakt dat het gedrag door de geïntimideerde als intimiderend wordt beschouwd of de intimideerder eenmalig ongewenst seksueel gedrag vertoont, mits voldoende ernstig. De uitleg van de Hoge Raad is naar mijn oordeel op dit punt dan ook conform de bedoeling van de Europese wetgever.

### 2. *Intentie van de intimideerder*

De Hoge Raad oordeelt in de onderhavige zaak dat het hof bij de kwalificatie van de gedraging als 'seksueel intimiderend' rekening heeft kunnen houden met de omstandigheid dat de gedraging voor de intimideerder geen seksuele bedoeling had. De ruimte die de Hoge Raad met dit oordeel creëert voor de toetsing van de intentie van de intimideerder, is mijns inziens zowel onjuist als onwenselijk. Het is onjuist om de intentie van de dader bij de uitleg van het begrip 'seksuele intimidatie' te betrekken, gezien de ratio van de wettelijke bepalingen rondom seksuele intimidatie. Blijkens de memorie van toelichting en de Gedragscode staat bij de uitleg van het begrip 'seksuele intimidatie' de rechtsbescherming van de geïntimideerde voorop. De toetsing van de intentie van de intimideerder levert echter een vermindering van de rechtsbescherming van de geïntimideerde op, daar de geïntimideerde dient aan te tonen dat sprake is van 'doelbewuste' seksuele intimidatie. Ook Holtmaat<sup>80</sup> en Van de Laar en Pfenning<sup>81</sup> zijn van mening dat de Hoge Raad op dit punt de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, om de vraag wat dient te worden beschouwd als seksueel intimiderend gedrag zo veel mogelijk te objectiveren, negeert.

Voorts is het ongewenst om bij de uitleg van het begrip 'seksuele intimidatie' de bedoeling van de intimideerder te betrekken. Daarmee wordt de discussie over de

80 Holtmaat 2009, p. 23.

81 Van de Laar & Pfenning 2010, p. 14.

belevingswereld van de betrokkenen opengezet. De kans bestaat dat de geïntimideerde nogmaals psychisch wordt getroffen, hetgeen bij het slachtoffer bijna altijd leidt tot – wat men noemt – ‘secundaire victimisatie’.<sup>82</sup> De term ‘secundaire victimisatie’ wijst op het feit dat de geïntimideerde voor een tweede maal ‘slachtoffer’ wordt als gevolg van de wijze waarop de omgeving – en in het bijzonder de intimideerder – reageert op de beschuldigingen van seksuele intimidatie (in de trant van ‘stel je niet aan, het was maar een grapje’).

De door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf verhoudt zich aldus slecht met de ratio achter artikel 7:646 lid 8 BW en artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG. In de volgende paragraaf wordt antwoord gegeven op de vraag of het begrip ‘seksuele intimidatie’ op de juiste wijze is geïmplementeerd in de gelijkebehandelingswetgeving, meer in het bijzonder in artikel 7:646 lid 8 BW.

## 7 Artikel 7:646 lid 8 BW volstaat niet

Zoals hiervoor aangegeven, is in de tekst van artikel 7:646 lid 8 BW het element ‘ongewenst’, dat wel in artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG staat, niet opgenomen. Uit het voorgaande blijkt dat Nederland, strikt gezien, niet verplicht is tot letterlijke omzetting van artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG. Er mag bij de omzetting van het begrip ‘seksuele intimidatie’ echter slechts van de tekst van artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG worden afgeweken voor zover deze afwijking geen afbreuk doet aan de inhoud, de strekking en de elementen van de richtlijn-bepaling. Het is in dit verband van belang om op te merken dat de elementen van het begrip ‘seksuele intimidatie’ bepalend zijn voor de betekenis en de omvang van de rechtsbescherming van de geïntimideerde. Het begrip ‘seksuele intimidatie’ fungeert als een soort ‘sleutel’ voor de toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving. De vraag is of door het hanteren van een afwijkende definitie de reikwijdte van het begrip ‘seksuele intimidatie’, en daarmee de toepasselijkheid van de bepalingen van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving, niet wordt beperkt.

De wetgever heeft er doelbewust voor gekozen om bij de implementatie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ het element ‘ongewenst’ niet over te nemen, met als voornaamste reden dat de rechtsbescherming van geïntimideerden gebaat zou zijn bij het hanteren van een objectieve uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’. Toch zijn er tegenargumenten te vinden voor deze op het eerste gezicht misschien valide opvatting. Allereerst kan uit de Belgische jurisprudentie worden afgeleid dat het element ‘ongewenst’ niet leidt tot een vermindering van de rechtsbescherming van de geïntimideerde, nu het begrip ‘seksuele intimidatie’ in grote mate wordt geobjectiveerd. Voorts blijkt uit de Nederlandse jurisprudentie dat de wijze waarop uitleg wordt gegeven aan het begrip ‘seksuele intimidatie’, in bepaalde gevallen juist minder gunstig uitpakt voor de geïntimideerde. Zo creëert de Hoge Raad in het arrest van Olsthoorn tegen de Nederlandse Leprastichting en

82 Zie bijv. R.M.E. Huver e.a., Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel I, Terreinverkenning, Den Haag: WODC 2007, p. 30.



Braber – anders dan de wetgever destijds voor ogen stond – ruimte voor de toepassing van de intentie van de intimideerder, hetgeen een vermindering van de bewijspositie van Olsthoorn oplevert. Ook kan worden gewezen op de eerder aangehaalde zaak van de Kantonrechter Middelburg,<sup>83</sup> waarin de kantonrechter – geheel in lijn met de bedoeling van de wetgever – een strikt objectieve uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’ hanteert. Deze uitleg leidt ertoe dat het veelvuldig maken van seksistische opmerkingen en uitlatingen door een leidinggevende, ook nadat een werkneemster kenbaar had gemaakt daarvan niet gediend te zijn, niet voldoende is om vast te stellen dat sprake is van seksuele intimidatie. Dit terwijl volgens de bedoeling van de Europese wetgever met Richtlijn 2002/73/EG in een dergelijk geval wel sprake is van seksuele intimidatie nu de intimideerder doorgaat met ongewenst seksueel gedrag nadat duidelijk is gemaakt dat het gedrag door de geïntimideerde als seksueel intimiderend wordt beschouwd.

Op grond van het vorenstaande zou ik aan het begrip ‘seksuele intimidatie’, ten einde dit in overeenstemming te brengen met artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG, een *subjectief toetsingselement* willen toevoegen. Dit subjectieve toetsingselement houdt in dat de geïntimideerde in beginsel zelf bepaalt waar de grens ligt tussen enerzijds ‘gewenst’ en anderzijds ‘ongewenst’ gedrag. Voor de uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’ is dan niet relevant of iets als ‘grapje’ is bedoeld of dat er met opzet is gehandeld, maar hoe iets door de geïntimideerde wordt ervaren. Wel moet het voor de intimideerder begrijpelijk zijn dat het seksuele gedrag intimiderend is. De volgende twee situaties kunnen daarbij worden onderscheiden:

1. Er is sprake van *herhaaldelijk* ongewenst gedrag met een seksuele connotatie. Het gaat om de situatie waarin de intimideerder doorgaat met de seksuele gedraging nadat duidelijk is gemaakt dat deze gedraging door de geïntimideerde als intimiderend wordt beschouwd. In dat geval ligt het element ‘aantasting van de waardigheid’ als het ware besloten in het subjectieve toetsingselement. Beide elementen worden ‘ingekeurd’ door de omstandigheid dat het voor de intimideerder kenbaar was dat de geïntimideerde niet van gedraging was gediend (*kenbaarheidsmaatstaf*); of
2. Er is sprake van *objectief* ongewenst gedrag met een seksuele connotatie. In dat geval wordt het subjectieve toetsingselement ‘ingekeurd’ door het element ‘aantasting van de waardigheid’. Indien een redelijk oordelend mens – evenals de geïntimideerde – in een bepaalde situatie de gedraging van de intimideerder had kunnen beleven als een aantasting van de waardigheid van de geïntimideerde, dan is daarmee tevens aan het subjectieve toetsingselement voldaan (*vergelijksmaatstaf*).<sup>84</sup>

83 Ktr. Middelburg 13 december 2001, JAR 2002, 25.

84 Zie bijv. Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000, 149. In deze zaak oordeelt de rechtbank dat de subjectieve beleving van de geïntimideerde van belang is. Volgens de rechtbank had het voor de intimideerder duidelijk moeten zijn dat zijn gedrag, het bij een vrouwelijke collega ongevraagd aanraken en verplaatsen van een schouderbandje, als seksueel intimiderend ervaren kon worden.



Op deze manier vindt een zekere mate van objectivering van het begrip ‘seksuele intimidatie’ plaats, waarbij tevens aan de eerdergenoemde bezwaren van de wetgever tegemoet wordt gekomen. Zo wordt in rechte geen ongewenste discussie gevoerd over de innerlijke belevingswereld van de betrokkenen. Voorts leidt de toetsing van het subjectieve toetsingselement niet tot een verzwaring van de bewijslast, nu de geïntimideerde slechts aannemelijk dient te maken dat het voor de intimideerder kenbaar was dat de gedraging door de geïntimideerde als seksueel intimiderend werd beschouwd, dan wel een redelijk oordelend mens de gedraging als seksueel intimiderend beschouwt.

Dat het accepteren van een subjectief toetsingselement daadwerkelijk deuren kan openen voor geïntimideerden die normaal gesloten blijven, kan worden geïllustreerd aan de hand van de hiervoor besproken uitspraken van de Hoge Raad en de Kantonrechter Middelburg. Indien de Hoge Raad voornoemde ‘vergelijkingsmaatstaf’ had gehanteerd, waarbij de subjectieve beleving van Olsthoorn als uitgangspunt werd genomen, dan had Olsthoorn wellicht meer rechtsbescherming genoten. De rechter had de gedraging, die als grap was bedoeld, als seksueel intimiderend kunnen kwalificeren door te redeneren dat een ‘redelijk oordelend mens’, humor hebbend of niet, de gedraging – evenals de geïntimideerde – had kunnen beleven als seksueel intimiderend. Het feit dat Braber geen seksuele bedoeling had bij de gedraging, doet dan niet ter zake. De Kantonrechter Middelburg had de bestreden gedraging als ‘seksueel intimiderend’ kunnen kwalificeren door te overwegen dat het voor de intimideerder kenbaar was dat de geïntimideerde de bestreden gedraging als ‘seksueel intimiderend’ beschouwde.

De conclusie moet zijn dat de huidige redactie van artikel 7:646 lid 8 BW in bepaalde gevallen minder rechtsbescherming biedt aan geïntimideerden dan de definitie van artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG, waarin de subjectieve beleving van geïntimideerden wel een rol speelt. Artikel 7:646 lid 8 BW heeft dan ook een andere redactie om een juiste implementatie van Richtlijn 2002/73/EG te bewerkstelligen.<sup>85</sup> Dit kan worden verwezenlijkt door het element ‘ongewenst’ aan de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ toe te voegen:

#### **‘Artikel 7:646 BW**

8. enige vorm van *ongewenst* verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd’. (cursivering JZ)

## **8 Conclusie**

In deze annotatie heb ik het arrest Olsthoorn/Nederlandse Leprastichting en Braber geanalyseerd op een tweetal aspecten, te weten: het toepassingsbereik van

<sup>85</sup> Vgl. de implementatie van de begrippen ‘direct onderscheid’ en ‘indirect onderscheid’. Zie Kamerstukken II 2008/09, 31 832, nr. 3, p. 1-2.

artikel 7:646 lid 8 BW en de uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’. Voorts heb ik de onjuistheid van de implementatie van Richtlijn 2002/73/EG in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving aan de orde gesteld. Het toepassingsbereik van artikel 7:646 lid 8 BW is mijns inziens – gezien het systeem van artikel 7:646 BW – niet beperkt tot werknemers van verschillend geslacht, maar ziet ook op werknemers van gelijk geslacht. De Hoge Raad hanteert ten aanzien van de uitleg van het begrip ‘seksuele intimidatie’ een tweeledige maatstaf: [1] de subjectieve beleving van de geïntimideerde is niet zonder meer van belang voor het vaststellen van seksuele intimidatie, en [2] de intentie van de intimideerder speelt een rol in het kader van de vaststelling van de ernst van de gedraging. Deze maatstaf werkt in het nadeel van Olsthoorn, nu hij moet aantonen dat Braber hem ‘doelbewust’ seksueel heeft geïntimideerd. Indien de Hoge Raad een maatstaf had gehanteerd waarbij de subjectieve beleving van Olsthoorn werd betrokken, dan had hij wellicht meer rechtsbescherming genoten. De Hoge Raad had de gedraging van Braber, die als grap was bedoeld, als seksueel intimiderend kunnen kwalificeren door te oordelen dat ‘een redelijk oordelend mens’, humor hebbend of niet, de gedraging – evenals Olsthoorn – had kunnen beleven als seksueel intimidatie. De huidige definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ biedt de geïntimideerde in bepaalde gevallen minder rechtsbescherming dan de definitie uit Richtlijn 2002/73/EG, waarin de subjectieve beleving van de geïntimideerde nadrukkelijk wel een rol speelt. Artikel 7:646 lid 8 BW heeft dan ook – net als het begrip ‘onderscheid’ – een andere redactie om een juiste implementatie van artikel 2 lid 2 Richtlijn 2002/73/EG te bewerkstelligen. Daartoe zal het element ‘ongewenst’ in de definitie van het begrip ‘seksuele intimidatie’ moeten terugkeren.